Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IV.

Verhältniß der Verwaltung und der Juſtiz in Bezug auf Streitigkeiten über Gegenſtände der Regalität mit beſonderer Beziehung auf das Waſſerrecht.

(Fortſetzung des Aufſatzes Nro IV. im XXII. Band.)

Von

Mittermaier.

Die Frage: ob eine Streitigkeit zur Competenz der Verwaltung oder der Juſtiz gehört, kömmt vorzüglich häufig da vor, wo der Streit auf Gegenſtände ſich bezieht, die zu den ſogenannten nutzbaren Regalien gezählt werden. Ein Hauptgrund der Schwierigkeiten, die man bei der Entſcheidung dieſer Competenzſtreitigkeiten bewirkt, liegt in der Unklarheit der Vorſtellungen, die nicht ſelten über die Natur der Regalität und über die Beſchaffenheit der Rechte noch vorkommen, welche Privatperſonen an Gegenſtänden derſelben zuſtehen. Schon dadurch wurde die richtige Anſicht gehindert, daß man die eigentlichen Hoheitsrechte, jene aus dem Weſen der Staatsgewalt abgeleiteten, durch die vorgeſetzte Erreichung des Staatszwecks bedingten Rechte (von den alten Juriſten regalia maiora genannt) mit den ſogenannten nutzbaren Regalien (regalia minora) in eine Klaſſe warf [1]), und bei den letzten wieder die der Landeshoheit in Bezug auf einzelne Gegenſtände zuſtehenden ausſchließenden Rechte z. B. in Bezug auf Bergwerke, öffentliche Flüſſe ebenſo behandelte, wie die Rechte der Oberaufſicht, die der Staatsregierung in Anſehung einiger Gegenſtände zuſtehen, z. B. die Rechte der Forſt- oder Waſſerpolizei. Die Folge war, daß man überall, wo der Privatmann Rechte in Be-

1) Meine Grundſ. des deutſchen Privatrechts 5te Aufl. §. 202.

zug auf ſolche Gegenſtände geltend machen wollte, ihnen die Natur der Privatrechte beſtritt und daher Streitigkeiten darüber den Gerichten zu entziehen verſuchte. Die Geſchichte lehrt, daß viele der von der Staatsgewalt als nutzbare Regalitätsrechte in Anſpruch genommenen Befugniſſe durchaus nicht auf einer unbeſtrittenen Grundlage beruhen, und noch weniger als nothwendige mit der Staatsgewalt verbundene Rechte angeſehen werden können. Bei einer großen Zahl von den dahin gerechneten Gegenſtänden iſt die Gränze der Befugniſſe des Staats höchſt ſtreitig. Faſt überall kommen Streitigkeiten vor, wie weit der Staat ein Regale in Bezug auf Steinkohlen, Torf, Marmor u. a. nachweiſen kann. Die Frage: wie weit er die freie Ausübung des Waldeigenthums hindern und die Privatwaldungen einer ſogenannten Beforſtung unterwerfen kann, iſt eben ſo ſtreitig, als die, wie weit dem Staate Befugniſſe in Bezug auf die Gewäſſer zuſtehen, welcher Fluß als öffentlicher zu betrachten, in welchem Sinne die Floßbarkeit eines Waſſers anzunehmen ſey. Dies Verhältniß kann denjenigen nicht befremden, der die Geſchichte der Ausbildung der Regalitätstheorie kennt. Alle Regalitätsrechte ſind Beſchränkungen der Freiheit der Privatperſonen [2]), und zwar in ſo fern dadurch ihre Eigenthumsrechte an Grund und Boden z. B. durch das Bergwerksregal, oder ihre Zueignungsrechte gewiſſer Gegenſtände z. B. durch das Jagdregal oder das Gebrauchsrecht z. B. bei den Flüſſen auf eine der Staatsregierung nutzbringende Weiſe beſchränkt wird. Kein allgemein verbindliches Geſetz weder des römiſchen Rechts noch des deutſches Rechts läßt ſich für die Regalität anführen: weder das ſogenannte Staatsobereigenthum noch das Recht der Staatsanſtalt zu herrenloſen Sachen läßt ſich begründen [3]), und ſo

2) Phillips deutſches Privatrecht 1. S. 514. Meine Grundſ. des deutſchen Privatrechts §. 200. 201.

3) Klüber öffentliches Recht §. 337 vrgl. mit 551. Mauernbrecher Grundſ. des Staatsrechts S. 364. Meine Grundſ. des deutſchen Privatrechts §. 201.

bleibt nichts übrig als der Rechtszustand des Landes, in welchem der Streit entsteht. Aber auch hier sieht es mit den Rechtsquellen mißlich aus. Häufig liegen nur Conventionen mit den Landständen vor, bei welchen man die Worte häufig auf Schrauben stellte, weil jeder contrahirende Theil dadurch zu gewinnen hoffte, wenn er in jedem Falle die zweideutig gefaßten Worte auf die günstigste Weise für sich auslegte [4]). Oft producirt man Urkunden, bei welchen die Qualität des Regenten, der eine gesetzliche Norm aussprach, nicht genug von seiner Eigenschaft als Gutsherr getrennt ist, und in welchen man einseitig gewisse Gegenstände z. B. Marmor, Torf als unbestreitbar zur Regalität gehörig erklärte, während der Ausspruch doch nur eine einseitige Behauptung ist, welche bei Gelegenheit eines Streits aufgestellt wurde. Die älteren Juristen warfen gerne Alles durcheinander und sprachen überall wo auch nur Rechte der obersten Aufsicht oder der Polizei geltend gemacht wurden, von der Regalität, deren unbestimmter Sinn leicht so gedeutet werden konnte, daß der Gegenstand selbst, woran die Aufsicht Statt finden sollte, als zur Regalität gehörig betrachtet wurde. Die Geschichte lehrt, das die Ausbildung der Regalität nur durch ein Zusammenwirken vieler Umstände allmählig geschah, und zwar solcher Verhältnisse, die — freilich höchst verschieden in den einzelnen Ländern — sich günstig für die Landesherrn gestalteten, und ihre Versuche, an gewissen Gegenständen ausschließende Rechte zu erlangen [5]) unterstützten. Jene Schutzrechte welche im Mittelalter bedeutend wurden, um manche den Angriffen vorzüglich ausgesetzten Gegenstände z. B. bei der Jagd, zu schützen, die Rechte des Banns, der manche Gegenstände unter besonderen Schutz

4) Man erinnere sich nur an die Streitigkeiten des Adels mit den Regenten, auf den Landtagen wegen der Jagdrechte. Meine Grundsätze des Privatrechts §. 214 Not. 5.

5) Meine Grundsätze des Privatrechts §. 209. Nro. III.

ſtellte, und dem der den Bann ausübte, ſelbſt gewiſſe Einkünfte zuſicherte, veranlaßten leicht, daß die Schutzherrn allmählig ihre Rechte der Aufſicht, in Eigenthumsrechte verwandelten. Die Juriſten, welche nur ihr römiſches Recht kannten, unterſtützten die Verſuche der Regenten. Die politiſchen Verhältniſſe ſeit dem 16ten Jahrhundert, der Verfall der alten Rechtsbegriffe und der Mangel an Kenntniß der früheren Einrichtungen, der Untergang der Schöffenverfaſſung, durch welche das Volksrecht bewährt wurde, das Aufhören der Landtage in vielen Ländern, die Aufzeichnungen von Rechten, in welchen man leicht, weil kein Widerſpruch ausgeübt werden konnte, aber die Regenten mit dem widerſprechenden Adel ſich verglichen, gewiſſe Rechte als Regalien aufführte, waren der Regalitätstheorie günſtig. Je mehr ſeit dem 16ten Jahrhunderte das Recht der oberſten Aufſicht als Ausfluß der Landeshoheit aufgeſtellt wurde und die Anſicht wurzelte, daß bei gewiſſen Gegenſtänden deren Ausübung mit den öffentlichen Intereſſen zuſammenhing, eine beſondere landespolizeiliche Aufſicht nothwendig werde, deſto mehr konnten unter dem Deckmantel dieſer Oberaufſicht und Hoheit die Regalitätsbehauptungen ſelbſt geltend gemacht werden. Ueberall aber ging dieſe Umgeſtaltung nicht auf eine allgemein anerkannte Weiſe gleichförmig in allen Ländern vor ſich. Nicht überall gelangten die Regenten in den Beſitz von ihnen erſehnter Regalien; über die Gränze blieb Streit und die Gerichte wachten mehr oder weniger in den einzelnen Ländern, daß die Privatrechte der Bürger nicht weiter angetaſtet wurden, als die Befugniß dazu durch die Landesgeſetzgebung oder durch beſondere Rechtstitel, insbeſondere auch durch Verjährung, nachgewieſen werden konnte. Alles beweist, daß die Regalitätslehre, in ſo fern ſie Privatrechte der Bürger beſchränkt, in Colliſion mit dieſen Rechten kömmt, und es iſt hier doppelt wichtig, nicht durch die Begünſtigung der Verſuche, bei darüber vorkommenden Streitigkeiten, die Competenz der Gerichte zu

entziehen, den Bürgern den Anspruch zu rauben, daß ihre Rechte auf eine unpartheiische und gerechte Weise vor Eingriffen der Administration geschützt werden. Dagegen muß hier auch eine andere Rücksicht geltend gemacht werden. Unter den Gegenständen, bei denen der Streit über Regalien vorkommt, finden sich manche, in denen die Natur einen kostbaren Schatz der bürgerlichen Gesellschaft verlieh, deren Reichthum aber nur demjenigen sich aufschließt, welcher sie auf zweckmäßige Weise zu betreiben versteht, wo zugleich eine fehlerhafte Betreibung nicht blos für die Gegenwart, sondern oft für eine lange Zukunft Nachtheile haben kann. Dies ist der Fall bei dem Bergbau und bei der Forstwirthschaft. Dem Egoismus der Einzelnen, die nur auf den Augenblick denken, oder ihrem Unverstand, der im alten Schlendrian um Fortschritte sich nicht kümmert, die Betreibung solcher Gegenstände unbedingt zu überlassen, würde gefährlich sein. Der Egoist denkt häufig nicht auf den nachhaltigen Bau, sein Bergbau ist ein Raubbau, oder er giebt die weitere Betreibung auf, wenn nicht sogleich reicher Gewinn ihm wird, und versperrt dadurch anderen Baulustigen die Gelegenheit ihre Kräfte zu versuchen. Manche dieser Gegenstände hängen mit dringenden Lebensbedürfnissen zusammen, z. B. die Forstwirthschaft. Der Staat erwägt die Nachtheile des Mangels dieser Bedürfnisse, er weiß wieviel darauf ankommt, daß hier zweckmäßig gebaut werde, und gestattet, um die Interessen der Zukunft nicht zu gefährden, nicht gewisse Benutzungsarten, die nur auf augenblicklichen Gewinn berechnet sind, z. B. bei einem Holzabtrieb. Durch die erst in neuerer Zeit bewirkten Fortschritte der technischen Wissenschaften ist die Wichtigkeit mancher Benutzungsarten und gewisser früher weniger beachteten Naturkräfte erkannt worden. Vorzüglich ist dies bei den Wasserkräften der Fall. Neue Unternehmungen der Industrie, erfolgreich für den Wohlstand einer ganzen Gegend, sind in das Leben gerufen. Die Staatsregierung kennt die Wichtigkeit der zweckmäßigsten Be-

nutzungsarten, ſie weiß aber auch, wie die Intereſſen colli-diren, wie zwiſchen den Forderungen der Landbebauer und den Intereſſen der Fabrikunternehmer, von denen die Erſten das Waſſer zu ihrer Wieſenwäſſerung bedürfen, während die Zweiten die Waſſerkräfte für ihre Unternehmungen in An-ſpruch nehmen, eine Colliſion eintritt, und ſelbſt zwiſchen den an dem nämlichen Waſſer angelegten Induſtrieanſtalten Reibungen unvermeidlich ſind, weil die vermehrte Benutzung der Waſſerkraft von Seiten des Einen der Thätigkeit des Andern ſchadet. Die Verwaltung wird hier im öffentlichen Intereſſe thätig ſein, ſie erläßt allgemeine Verfügungen, ſie regulirt die Benutzungsbefugniſſe der verſchiedenen Intereſſen-ten und ſucht die Colliſion zu beſeitigen. Wenn hier jeder, der ſein Intereſſe für verletzt hält, befugt ſein würde, einen Rechtsſtreit an die Gerichte zu bringen, ſo würde leicht die Thätigkeit der Verwaltung gelähmt und ein oft nicht leicht wieder zu erſetzender Nachtheil herbeigeführt werden können. Häufig wird ſelbſt den Gerichten es gar nicht möglich ſein, alle techniſchen Rückſichten, die bei der Entſcheidung zu be-achten ſind, gehörig aufzufaſſen, und durch weitläufige Be-weisführungen und Gutachten der Sachverſtändigen würde Zeit verloren werden. Alles dies fordert, die Grenze zwi-ſchen Verwaltungs- und Juſtizſachen in Bezug auf Streitig-keiten, die wegen Regalien vorkommen, auf eine ſolche Weiſe feſtzuſtellen, daß dadurch die nothwendige, ungehinderte im öffentlichen Intereſſe handelnde Thätigkeit der Adminiſtration nicht gelähmt, aber auch der Streit über wahre Privatrechte nicht den Gerichten entzogen und das Recht unter dem Vorwand der Forderungen des öffentlichen Rechts nicht verletzt werde.

Die Verhältniſſe, in welchen Streitigkeiten über Gegen-ſtände vorkommen können, die man zu den Regalien rechnet, ſind folgende: I. Verhältniß des Staats zu Privatperſonen, in ſo fern der Erſte einen gewiſſen Gegenſtand als zu ſeinen Regalien gehörig erklärt; II. Verhältniß eines Privatmanns, der an einem zu den Staatsregalien gehörigen Gegenſtande

ein Recht oder eine Concession erlangt hat, und der über Verletzungen klagt, die in dieser Beziehung von der Staatsregierung ihm zugefügt worden, insbesondere wenn der Staat vermöge seines Oberaufsichtsrechts Verfügungen erläßt. III. Verhältniß des Privatmanns, der an Regalitätsgegenständen Recht oder Concessionen erwarb, zu dritten Personen, welche diese Rechte beschränken oder überhaupt verletzen.

I.

Privatpersonen können mit dem Staate in mehrfacher Beziehung in Streitigkeiten wegen Regalien verwickelt werden, und zwar A. in so fern der Staat einen gewissen Gegenstand als Regale erklärt, z. B. behauptet, daß die Jagd Regal sey, während ein Privatmann dies läugnet. Hier muß der Streit als Justizsache betrachtet werden, weil nach dem Zeugnisse der Geschichte die nutzbaren Regalien (Regalien im engern Sinne) nicht als nothwendige Ausflüsse der Staatsgewalt erscheinen, vielmehr nur durch einen Kampf der Dynasten, durch mannigfaltige Verwechslungen von Schutzrechten mit den Regalien, durch Anmaßungen der Landesherrn, denen später Niemand mehr entgegentrat, erworben wurden. Die Entwickelung der Regalitätstheorie ging in jedem Lande nach den besondern dort vorkommenden Verhältnissen auf eine eigenthümliche Art vor sich. In manchen Ländern schlossen die Regenten mit den adelichen Gutsbesitzern Conventionen; den letzteren wurde z. B. die niedere Jagd auf ihren Gütern zuerkannt, und gefällig erkannten sie dagegen wieder auf den Landtagen dies Jagdregal des Regenten an. Je beharrlicher in einem Lande die Gutsbesitzer auf den Landtagen ihre Rechte gegen die fiskalischen Eingriffe verfochten, je länger sich die Vertretungsbefugnisse der Stände in einem Lande erhielten, desto weniger konnte die Regalität ausgedehnt werden. Behauptet daher die Regierung, daß ihr das Regale in Bezug auf einen gewissen Gegenstand zustehe, so erscheint sie wie ein anderes Rechtssubject; eine Vermuthung steht ihr nicht zur Seite, sie muß den besondern Erwerbungsgrund ihres Rechts nachwei-

ſen und die Gerichte haben eine Norm, um den von der Regierung angegebenen Rechtstitel (z. B. Vertrag oder Verjährung) ſeinem Daſein und ſeiner Rechtsgültigkeit nach zu prüfen. Von jeher hat man auch das Recht der Gerichte ſolche Streitigkeiten zu entſcheiden nicht bezweifelt; und auch in neueſter Zeit wird es ſelbſt von Schriftſtellern, welche die Verwaltungsjuſtiz nicht zu beſchränken geſonnen ſind, anerkannt [6]). Nur die Verwechslung der aus dem Weſen des Staats fließenden Hoheitsrechte, deren Zuläſſigkeit und Ausübung Gegenſtand der Entſcheidung der Gerichte ſein kann, mit den nutzbaren Regalien kann zu der entgegengeſetzten Anſicht führen.

B) Das Nämliche tritt auch da ein, wo über den Umfang eines gewiſſen Regals, das unbeſtritten dem Staate gebührt, Streit entſteht, z. B. wenn die Regierung behauptet, daß ſie vermöge ihres Bergregals auch ein ausſchließendes Recht auf Torf oder Steinkohlen habe; denn auch hier entſcheidet der sub A angegebene Grund. Nach der Geſchichte iſt bei vielen Gegenſtänden der Regalien kein beſtimmter Umfang erweislich; eben bei dem Bergregale beweist die Geſchichte [7]), daß nur in Bezug auf die Metalle die Vermuthung, daß dieſe zum Bergregale gehören, begründet werden kann, während in Anſehung der übrigen Foſſilien von jeher die höchſte Verſchiedenheit in den einzelnen Gegenden Deutſchlands vorkam. Man verſuchte von Seite der Regierungen oft die ſonderbarſten Rechtfertigungsgründe, um z. B. die Regalität des Torfs wegen des Daſeins mineraliſcher Beſtandtheile in demſelben nachzuweiſen [8]); in manchen Ländern fanden ſolche Gründe Eingang; die Geſetzgebung dehnte die Rechte der Regierung aus, oder das Herkommen wurde

6) Pfizer über die Grenzen der Verwaltungsjuſtiz S. 137. Der Verf. der Schrift: Die Trennung der Juſtiz und Adminiſtration Leipzig 1840. S. 252.

7) Meine Grundſ. des Privatr. §. 241.

8) Literatur in meinen Grundſ. des deutſchen Privatr. §. 244. Not. 12.

von den zu nachgiebigen Gerichten zum Vortheil des Fiskus angenommen; der Umstand aber, daß in einigen Ländern der Fiskus die Freiheit der Privatrechte beschränken konnte, beweist nicht, daß dies auch *in allen andern* Ländern der Fall seyn müsse. Anerkannt ist es auch, daß manche Rücksichten, welche man zuweilen angiebt, um zu erkennen, ob ein Fossil zu den Regalien zu zählen sey, z. B. ob dasselbe durch bergmännische Bearbeitung gewonnen werde [9]), völlig grundlos sind, weil es nur von dem Belieben jedes Einzelnen abhängt, ob er die Gewinnung eines Fossils ins Große treiben und hiezu bergmännischen Bau anwenden will, eine solche höhere Industrie aber den Privatmann nicht des Rechts berauben kann, das ihm sonst nach seinem Eigenthum an dem Grundstücke auf die in der Erde vorkommenden Fossilien zusteht. Es ist daher anerkannt, daß der Fiskus, wenn über den Umfang des Bergregals Streit entsteht, seine Behauptung vor den Gerichten beweisen muß [10]).

C) Diese Ansichten finden auch ihre Anwendung da, wo in der Landesgesetzgebung eine Norm vorkommt, welche einen Gegenstand als Regale erklärt und der Streit sich um die Frage dreht: wie diese Norm auszulegen ist und ob daher ein gewisser Gegenstand nach dem Inhalte jener Norm als Regale behandelt werden muß, z. B. ob auch Eisenstein zum Bergregale zu rechnen ist. Es ist neuerlich behauptet worden [11]), daß da wo es sich um Erze handelt, die nach der gesetzlichen Norm ohne Rücksicht auf die Gewinnungsart dem Gegenstande nach zu den Regalien gerechnet werden, nur die Verwaltungsbehörden zur Entscheidung zuständig seien, weil die Regalien Hoheitsrechte sind, bei denen der Staat als *solcher* den Einzelnen gegenüber tritt; gegen diese An-

9) In Baden stellt das 7. Badische Constitutionsedikt v. 1803 §. 27 diese Rücksicht gesetzlich auf.

10) s. auch Weiske im Artikel: Bergrecht in seinem Rechtslexikon 1. Bd. 5. Heft. S. 943.

11) Annalen der badischen Gerichte 1839. Nr. 49.

ſicht ſpricht aber, daß das Bergregal nicht zu den wahren Hoheitsrechten im engern Sinne zu rechnen iſt, die als nothwendige Ausflüſſe der Staatsgewalt vorkommen, bei denen ein beſtimmter Umfang begründet iſt und wo die Gerichte nicht befugt ſein können durch ihre Entſcheidung vielleicht das öffentliche Intereſſe und die nothwendigen Rechte der Staatsgewalt zu beſchränken; bei allen (nutzbaren) Regalien lag von jeher ein Kampf der Regenten, welche ihre Einkünfte zu vermehren ſuchten, mit dem Privateigenthum zum Grunde; wie weit das letzte nach der in Mitte liegenden geſetzlichen Norm beſchränkt ſein darf, kann durch die Auslegung der Norm von den Gerichten entſchieden werden, indem hier das Gericht alle Mittel der Auslegung durch Prüfung des Sinnes, den gewiſſe Ausdrücke zur Zeit der Erlaſſung der Norm hatten, oder durch Entwickelung der zum Grunde liegenden ratio beſitzt, und daher das Gericht recht eigentlich berufen iſt zu entſcheiden, wie weit der Privatmann ſich eine Beſchränkung ſeiner Rechte gefallen laſſen muß. Von jeher iſt auch in Deutſchland das Recht der Gerichte in ſolchen Fällen zu entſcheiden nicht bezweifelt worden, z. B. ob unter dem Regal in Bezug auf Steinſalz auch das Recht auf Salzquellen begriffen iſt [12]).

D) Ergeht dagegen in einem Lande ein Geſetz, durch welches ein neu entdecktes Foſſil oder auch ein ſolches, deſſen Wichtigkeit erſt in neuerer Zeit erkannt worden iſt, in Zukunft ein Regale ſein ſoll, und erhebt ſich ein Streit darüber, in ſo fern als ein Privatmann die Befugniß der Regierung beſtreitet, den in Frage ſtehenden Gegenſtand zu einem Regale zu erheben und dem freien Erwerbsrechte des Privatmanns zu entziehen [13]), ſo kann darüber kein Civilprozeß zugelaſſen werden, weil es nach unſerer früheren Ausführung den Ge-

12) Meine Grundſ. des Privatr. §. 259.

13) Daß dies die Geſetzgebung thun kann, zeigt Weiske im Rechtslexikon l. c. S. 913.

richten nicht zusteht zu entscheiden, wie weit die Gesetzgebungsgewalt des Staats gehen kann.

E) Wenn die Verwaltung durch Vornahme gewisser Anstalten einen Gegenstand, der bisher noch nicht zu den Regalien gehörte, im öffentlichen Interesse in die Klasse derselben ziehen will, so muß der Fall nach den Grundsätzen über Eigenthumsabtretung zu öffentlichen Zwecken beurtheilt werden. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, wenn die Regierung einen bisher nicht schiffbaren Bach zu einem schiffbaren Fluß machen will: Daß sie in diesem Falle die Adjacenten, welche bisher Privatrechte auf das Wasser hatten, ebenso wie diejenigen entschädigen muß, welche Rechte der Bewässerung oder des Fischfangs erworben hatten, in so fern sie durch die Schiffbarmachung diese Rechte verloren, ist anerkannt [14]). Die Privatberechtigten sind in der Lage, ein Opfer zum öffentlichen Besten gegen Entschädigung zu bringen. Soweit nun bei der Expropriation à cause d'utilité publique der Streit an die Gerichte gehört, so weit sind die Gerichte auch in dem hier erwähnten Falle zur Entscheidung competent, z. B. wegen der Größe der Entschädigung [15]).

F) Kommt es in einem Falle darauf an, ob ein im Lande anerkanntes Regal auf einen gewissen Gegenstand ausgedehnt werden soll, in Ansehung dessen ein Privatmann, der übrigens die Regalität anerkennt, ein ausschließendes Privatrecht behauptet, während die Regierung erklärt, daß der Gegenstand die Merkmale an sich trägt, welche ihn zu einem Regale machen, so kann der Streit den Gerichten nicht entzogen werden, z. B. wenn in einem Lande, in welchem Jagdregal besteht, wo aber den Besitzern der Rittergüter das Jagdrecht mit Ausschluß des Regenten zusteht, Streit darüber

14) Daviel traité des cours d'eau. I. p. 159. Meine Grundſ. des deutſchen Privatr. (5. Aufl.) §. 222. (S. 521).

15) Mein Aufſatz im Staatslexikon von Rotteck und Welker VIII. Bd. S. 27.

ſich erhebt, ob das Gut A ein Rittergut iſt, wird das Gericht die Frage entſcheiden müſſen. Das Nämliche kann auch beim Waſſerrechte vorkommen. In einem Falle fing die Regierung an, einen Bach willkürlich zu benutzen, Steine aus demſelben, die ſie zu einem Bau braucht, zu nehmen. Die Gemeinde, durch deren Gemarkung der Bach floß, erklärte, daß die Regierung hiezu nicht befugt ſey, weil der Bach (als nicht ſchiff- oder floßbar in ihrem Privateigenthum ſich befinde, wogegen die Regierung behauptete, daß das Waſſer ein öffentliches ſei, weil es floßbar wäre. Es entſtand, als die Gemeinde bei dem Gerichte klagte, ein Competenzconflikt, da die Regierung behauptete, daß die Frage: ob der Bach floßbar ſei, von den Verwaltungsbehörden entſchieden werden müſſe. Schwerlich kann man aber dieſer Anſicht zuſtimmen. Die Vorfrage iſt hier gewiß nach Grundſätzen des Privatrechts zu entſcheiden. Es ſoll ein Gegenſtand, bei welchem eine Privatperſon ein Privateigenthum behauptet, dieſem Eigenthum entzogen werden. Die Frage: ob dies zuläſſig ſei, hängt von Normen ab, welche die Gerichte anwenden können. Es kommt ſchon auf die Frage an: nach welchen Vorſchriften die Floßbarkeit eines Waſſers zu beurtheilen iſt. Darüber beſtehen zweierlei Meinungen [16]), von welchen die Eine Floßbarkeit auch da annimmt, wo nur einzelne Hölzer durch die Gewalt des Waſſers fortgeſchwemmt werden, während die andere richtigere Anſicht floßbar nur dasjenige Waſſer nennt, das Flöße, nämlich zuſammengefügte Holzbalken als Tragungsmittel zum Transport von Perſonen oder Sachen gebraucht werden [17]). Dem Gerichte muß es zuſtehen zu entſcheiden, in welchem Sinne die Floßbarkeit zu nehmen iſt; die Prüfung des Beweiſes, wenn dabei auch techniſche Rückſichten vorkommen, gebührt den Gerichten, welche, wie in ſo vielen anderen Fällen die Gut-

16) Meine Grundſ. des deutſchen Privatr. §. 222 u. 230.

17) Daviel traité I. p. 29.

achten der Sachverständigen zu prüfen haben. Der Administration kann, wenn nicht das Landesgesetz ihr die Entscheidung zuweiset, diese nicht zustehen, da sie als Parthei der Privatperson gegenübersteht.

II.

In dem Verhältniß eines Privatmanns, welcher an einem zu den Staatsregalien gehörigen Gegenstande eine Concession erlangt hat, und über Verletzungen klagt, welche ihm in dieser Beziehung von der Staatsregierung zugefügt sein sollen, oder wo die Regierung gegen den Concessionär wegen Nichterfüllung obliegender Pflichten Beschwerde erhebt, können mehrfache Streitigkeiten vorkommen, und zwar A in so fern, da wo an einem zur Regalität gehörigen Gegenstande ein Recht einer Privatperson (oder Corporation) verliehen ist und über den Umfang des verliehenen Rechts Streit entsteht, z. B. wenn die Jagdgerechtigkeit verliehen wurde und die Regierung nur die niedere Jagd verliehen zu haben behauptet, während der Jagdberechtigte die ganze Jagd (hohe und niedere) in Anspruch nimmt. Hier ist unfehlbar das Recht der Gerichte begründet, den Streit zu entscheiden; denn von Seite des Berechtigten liegt ein wahres Privatrecht vor, das ihm in dem Umfange, in welchem es ihm zusteht, nicht entzogen werden darf. Zur Entscheidung aber, in welchem Umfange es zusteht, hat das Gericht Normen; es berücksichtigt [18]), aus welcher Zeit das Jagdrecht des Berechtigten stammt, ob erweislich zu einer Zeit, wo in dem Lande noch kein Jagdregal bestand, er die Jagd ausübte und sich im Besitze derselben fortdauernd erhielt, ob zur Zeit der Verleihung in dem Lande noch kein Unterschied von hoher und niederer Jagd vorkam. Die allgemeinen Regeln über Auslegung der Privilegien leiten endlich das Gericht. Auch aus allen Ländern fehlt es nicht an

18) Meine Grundl. des Privatr. §. 215.

Beweiſen [19]), daß die Gerichte ſolche Streitigkeiten entſchieden. B) Iſt ein Recht an einem zur Regalität gehörigen Gegenſtande verliehen und nimmt die Regierung gewiſſe (nicht aus der Oberaufſicht abzuleitende, ſondern wahre nutzbare) Rechte an dem Gegenſtande in Anſpruch, die angeblich von ihr bei jeder Verleihung vorbehalten ſind, ſo iſt auch hierüber ein Civilprozeß begründet, z. B. wenn der Regent das Recht der Vor- oder das der Mitjagd behauptet [20]), oder wenn bei Bergwerksverleihungen der Staat gewiſſe vorbehaltene Rechte [21]) in Anſpruch nimmt. Auch hier entſcheidet das Gericht nach privatrechtlichen Normen, die durch die allgemeinen Grundſätze über Veräußerung oder durch die geſchichtliche Entwickelung des in Frage ſtehenden Rechts im Lande oder durch beſondere über das Verhältniß im Lande beſtehende Vorſchriften gegeben werden.

C) Wird ein Streit dadurch veranlaßt, daß ein Privatmann, dem ein Recht an einem zur Regalität gehörigen Gegenſtande zuſteht, über die von der Regierung ausgegangene Aufhebung oder Entziehung des ihm verliehenen Rechts ſich beſchwert, ſo kommt es darauf an 1) ob die Aufhebung die Folge einer allgemeinen auf dem Wege der Geſetzgebung ergangenen Verfügung iſt, welche die in Frage ſtehenden Rechte aufhebt, oder ob 2) in einem einzelnen Falle die Adminiſtration die Verleihung wegen höherer Intereſſen, mit denen das bisher verliehene Recht nicht beſtehen kann, zurücknimmt, oder 3) ob eine im Privilegium oder im Landesgeſetze als Grund des Verluſts eines gewiſſen Rechts erklärte Thatſache vorhanden iſt, wegen welcher im einzelnen Falle der Privatmann ſeines Rechts verluſtig erklärt wird. Im erſten Falle kann aus den früher entwickelten Gründen den Gerichten kein Recht zuſtehen darüber zu entſcheiden, ob die erlaſſene Ver-

19) Stengel und Eiſenberg Beiträge I. S. 234. ſ. noch die Schrift: über Trennung der Juſtiz und Adminiſtration S. 258.

20) Meine Grundſätze §. 221.

21) Meine Grundſ. des Privatrechts §. 257.

fügung zu rechtfertigen ist, oder ob des Aufhebungsgesetzes ungeachtet dem einzelnen Berechtigten das Recht belassen werden muß; sobald dagegen der Streit nur darauf gegründet wird, daß die Regierung entschädigungspflichtig sei, wird er vor die Gerichte gehören, die überhaupt zu prüfen haben, in wie fern der Staat wegen Aufhebung von Rechten Entschädigung zu leisten habe. Im zweiten Falle kommt es auf die Art der Verleihung an; enthält diese eine als Privatrecht zu beurtheilende Dienstbarkeit, z. B. eine Beholzungsgerechtigkeit oder ein auf Vertrag gegründetes Recht, z. B. Fischereirecht, so kann zwar das Gericht nicht darüber entscheiden, ob der Staat im öffentlichen Interesse die Aufhebung verfügen durfte; allein die Analogie der Grundsätze von der Abtretung des Eigenthums zu öffentlichen Zwecken bewirkt, daß das Gericht über die Entschädigung entscheiden kann. War die Verleihung des Staats nur eine prekäre Bewilligung, wie dies häufig bei Wasserrechten der Fall sein wird, so kann dem Staate gegenüber, der die Bewilligung aus administrativen Gründen zurücknimmt, kein Rechtsstreit zulässig sein. Im dritten Falle, der z. B. bei Bergwerksrechten häufig eintritt, wenn die Regierung behauptet, daß wegen unterlassenen Baues der Zeche diese auflässig werde[22]), muß das Gericht entscheiden, ob in dem vorliegenden Falle der Rechtsgrund vorhanden sei, welcher gesetzlich als Art des Verlusts gilt[23]).

D) Ist die Verleihung an gewisse Bedingungen, Abgaben u. A. geknüpft, welche der Beliehene zu leisten hat, so gehört jeder Streit, der sich darauf bezieht, ob der Concessionirte die Abgaben zu leisten schuldig ist, z. B. wenn er wegen der vom Staate nicht erfüllten Verbindlichkeiten die Leistung zurückhalten will oder wenn er behauptet, daß er be-

22) Meine Grundſ. des deutschen Privatr. §. 255.

23) In manchen Ländern besteht eine privilegirte Gerichtsbarkeit in Bergsachen, z. B. in Sachsen; allein diese ist gleichfalls eine Civilgerichtsbarkeit und hindert nicht das Eintreten einer Justizsache. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen. I. S. 307.

reits bezahlt habe, an die Gerichte, weil die Entscheidung des Streits nach rein juristischen Normen, z. B. nach den Grundsätzen von dem Retentionsrechte oder von der Zahlung entschieden werden kann.

E) Gründet sich ein Streit, der zwischen einem Beliehenen und dem Staate sich erhebt, darauf, daß der Erste die Befugniß des Staats, eine gewisse Leistung zu fordern, deswegen in Abrede stellt, weil der in Frage stehende Gegenstand im Eigenthum des Beliehenen steht, während dies die Regierung läugnet und den Gegenstand als Staatseigenthum erklärt, so ist eine Civiljustizsache begründet, weil die Vorfrage nach rein privatrechtlichen Normen über das Eigenthum zu entscheiden ist, und weil anerkannt ist, daß alle bei Gelegenheit von Regalitätsstreitigkeiten erhobenen Fragen über Eigenthum zur Competenz der Gerichte gehören [24]).

F) Sind die an Gegenständen der Regalität ausgeübten Rechte einer Privatperson als Dienstbarkeiten zu beurtheilen, so gehört die Frage: ob die Dienstbarkeit gehörig ausgeübt sei, in welchem Umfange sie zustehe, z. B. wieviel Klafter Holzes der Berechtigte fordern darf, zur Competenz der Gerichte, weil die Dienstbarkeit auch dem Staate gegenüber als Privatrecht erscheint und privatrechtliche Normen über die Ausübung der Dienstbarkeiten leiten müssen. Dies ist auch der Fall, wenn die Vorfrage darüber sich erhebt, ob das Recht als wahre Dienstbarkeit oder nur als Precarium zustehe; auch hier hat das Gericht wie sonst die von demjenigen, der nur Dienstbarkeit behauptet, zu führenden Beweise seiner Behauptung zu prüfen.

G) Erhebt sich zwischen dem Staate und einer Privatperson, die an Gegenständen der Regalität ein Recht auszuüben hat, z. B. Beholzungsrecht, ein Streit darüber, ob das Recht in der bisherigen Ausdehnung ausgeübt werden kann,

24) Dies ist auch in Frankreich anerkannt, wo man doch sehr freigebig die Befugnisse der Administration ausdehnt. Daviel traité des cours d'eau. I. p. 431.

weil die Regierung behauptet, daß aus Verwaltungsgrundsätzen eine Reduktion des Rechts nothwendig werde, z. B. weil der Wald nicht mehr die bisher gelieferte Zahl von Klaftern trage, so kann auch hier die Competenz der Gerichte nicht bestritten werden, weil die allgemeinen Grundsätze über die Servituten auch hier den Richter hinreichend leiten [25]) und weil dadurch, daß die Verwaltung nachweisen muß, daß ihre Behauptung der nothwendigen Reduktion der Servitut nach technischen Rücksichten gegründet ist, nicht die Entscheidung der Gerichte hindern kann, welche die Gutachten von Sachverständigen prüfen. Es tritt hier ein analogisches Verhältniß ein wie bei der Weideservitut, bei welcher gleichfalls die Gerichte entscheiden, wenn das Weiderecht in Collision mit den Interessen der Landwirthschaft kömmt, und dabei die Gutachten der Landwirthschaftsverständigen berücksichtigt.

H) Liegt einem Streite, der sich zwischen dem Staate und einer beliehenen Privatperson in Bezug auf Regalitätsgegenstände erhebt, die Frage zum Grunde, ob dem Staate das Recht zusteht, neben dem verliehenen Rechte noch die nutzbaren Rechte auszuüben, welche Ausflüsse seiner Regalität sind, z. B. ob da, wo im Domanialwalde ein Weideservitut bestellt ist, der Forstherr Zuschläge machen darf, so ist auch hier eine Civiljustizsache begründet, weil die privatrechtlichen Normen über die Dienstbarkeiten und die Art ihrer Ausübung im Verhältniß zu dem Recht des Herrn des dienenden Grundstücks auch in diesen Fällen Maaß geben und da, wo erweislich auf einem wahren Forstgrund die Weide verliehen ist, der Forstberechtigte nicht gehindert ist, seine forstwirthschaftlichen Interessen geltend zu machen [26]). Sobald dagegen die Frage nur darüber entsteht, wie nach forstwirthschaftlichen Grundsätzen der Zuschlag am zweckmäßigsten

25) Meine Grundſ. des deutſchen Privatr. §. 171.

26) Daß in ſolchen Fällen die Gerichte entſcheiden, ſ. Beiſpiele in Hagemann prakt. Erörterungen II. S. 283. IV. S. 269.

geſchehen ſoll, mit welcher Holzart er zu beſaamen, an welcher Stelle u. a, gehört der Streit nicht vor die Gerichte [27]), ausgenommen dann, wenn behauptet wird, ob die von der Forſtadminiſtration veranſtaltete Einrichtung der durch ein rechtskräftiges Urtheil des Gerichts feſtgeſetzten Befugniß der Adminiſtration widerſtreite.

1) Wenn die Verwaltung in einem Falle im öffentlichen Intereſſe vermöge ihrer oberaufſehenden Gewalt Verfügungen trifft, welche zwar Beſchränkungen der Rechte enthalten, die den Privatperſonen an Regalitätsgegenſtänden zuſtehen, und wenn der beliehene Privatmann ſich über die dadurch für ihn entſtehende Beſchränkung beſchwert, gehört der Streit nicht vor die Gerichte. Hier ſteht der Staat nicht mehr als Inhaber nutzbarer Rechte oder als Rechtsſubject dem Privatmanne gegenüber, ſondern als Staat, in ſo fern er vermöge ſeines Hoheitsrechts, das unabhängig von dem nutzbaren Regale ihm zuſteht, im öffentlichen Intereſſe die Rechte der Unterthanen beſchränkt, welche dem Staate gegenüber keine Privatrechte in ſo fern geltend machen können, daß ein gewiſſer Zuſtand, den der Staat bisher duldete, auf ewige Zeiten erhalten werden müßte. Der Umſtand, daß die Regierungen in früheren Zeiten, wo man den Werth mancher Einrichtungen nicht ſo würdigte, wo ſelbſt die Verwaltung nicht gehörig ausgebildet war, manche Verhältniſſe gleichgültig beſtehen ließen, welche jetzt nach den Fortſchritten der Technik als Mißbräuche erſcheinen, kann den Staat nicht hindern, die bisherigen Einrichtungen aufzuheben und den Forderungen des öffentlichen Wohls gemäß Anordnungen zu treffen. Darnach kann z. B. die Forſtverwaltung verfügen, daß zur Ausübung des Streurechens im Walde keine eiſernen Rechen gebraucht werden dürfen [28]), ſie kann Forſttage und gewiſſe Wege beſtimmen, an welchen die Forſtberechtigten

27) Auch dies iſt anerkannt z. B. von dem Hannoveriſchen Oberappellationsgerichte. Hagemann prakt. Erört. V. S. 273.

28) Meine Grundſ. des d. Privatr. §. 298.

ihr Holz abführen dürfen. Die Regierung kann die Ausübung der Jagd an gewisse Zeiten binden [29]), sie kann für die Bewässerung der Wiesen gewisse Regeln vorschreiben, um Ueberschwemmungen vorzubeugen. Hier kann das Gericht nicht entscheiden, ob die Administration hiezu befugt sey [30]). So sehr die Wichtigkeit dieser Grundsätze im Allgemeinen zugegeben werden muß, so schwierig wird doch im einzelnen Falle ihre gehörige Anwendung. Vorerst muß man schon darauf aufmerksam machen, daß es häufig schwierig ist, zu erkennen, ob im einzelnen Falle die Verwaltung vermöge des Hoheitsrechts des Staats oder als Verwalterin des Staatseigenthums gehandelt hat, z. B. bei Verfügungen in Forstsachen, wenn den Forstberechtigten in Domanialwaldungen Beschränkungen aufgelegt werden [31]). Handelt sie kraft ihres Waldeigenthums, wie dies z. B. häufig da der Fall sein wird, wo sie die Dienstbarkeitsrechte der Gutsunterthanen einschränkt, so stehen ihr keine größeren Befugnisse zu, als jedem andern Waldeigenthümer, und über den Umfang dieser Rechte haben die Gerichte zu entscheiden. Ist darüber Streit, in welcher Eigenschaft die Verwaltung handelte, so ist von ihr zuviel gefordert, daß überall wo sie behauptet, vermöge ihrer hoheitlichen Befugnisse gehandelt zu haben, die Gerichte sogleich jede Entscheidung aufgeben und der Verwaltung vollen Glauben schenken sollen [32]). Es kann daher den Gerichten nicht das Recht entzogen werden, in solchen Fällen selbst zu prüfen, ob von einer Handlung der Domanialverwaltung vermöge des Eigenthumsrechts des Staats oder von einer hoheitlichen Befugniß im einzelnen Falle die Rede ist; im zweiten Falle wird das Gericht nicht

29) Meine Grundſ. §. 217. ſ. die Schrift: über Trennung der Justiz. S. 259.

30) Pfizer über die Grenzen S. 137. Die Schrift über Trennung der Justiz. S. 264.

31) Pfeiffer praktische Ausführungen III. S. 334.

32) Pfeiffer l. c. S. 335.

competent ſein. Wird ein Competenzconflikt erhoben, ſo hängt die Entſcheidung deſſelben von der Prüfung der Vorfrage ab. — In Fällen, in denen eine wahre hoheitliche Befugniß vorliegt, bedarf es wieder einer genaueren Prüfung des einzelnen Falles. Es kann nämlich 1) der Streit ſich um die Frage drehen, ob die neue Vorſchrift, welche die Beſchränkung der Ausübung der Rechte der Privatperſonen ausſpricht, von der Staatsregierung erlaſſen werden konnte; z. B. es ergeht eine Verordnung, nach welcher auch alle Privatwaldbeſitzer einer Beförſterung ihrer Waldungen ſo unterworfen werden, daß ſie keinen Baum ohne Anweiſung der Forſtbehörde fällen oder den Waldboden nicht ausroden dürfen; oder 2) es kommt in dem Falle nur auf die Anwendung ſchon beſtehender geſetzlicher Vorſchriften an, z. B. es wird eine allgemein lautende Vorſchrift der Forſtordnung über das Alter des zu fällenden Holzes oder über die Art des Fällens auf einen beſtimmten Waldbezirk angewendet, deſſen Beſitzer die Rechtmäßigkeit dieſer Anwendung beſtreitet; oder 3) es wird von dem Staate wegen außerordentlicher Umſtände eine neue die Rechte der Privatperſonen einſchränkende Verfügung aus Gründen des öffentlichen Wohls getroffen, z. B. wegen Holzmangels wird eine Reduktion der Holzrechte oder eine ſparſamere Waldbewirthſchaftung vorgeſchrieben [33]). Im erſten Falle kann nach den früher gegebenen Ausführungen [34]) den Gerichten das Recht nicht zuſtehen, zu entſcheiden, ob die geſetzgebende Gewalt zur Erlaſſung der Verfügung berechtigt war; iſt nun der Gegenſtand ein ſolcher, der in den Kreis der Geſetzgebung gehörte, und iſt nur durch eine Verordnung die Beſchränkung ausgeſprochen worden, ſo entſcheiden die Grundſätze, nach welchen die Gerichte befugt ſind zu prüfen, ob eine

33) Pfeiffer l. c. S. 334.

34) ſ. dies Archiv Bd. XXII. S. 54. Dies erkennt auch an v. Rotteck in ſeinem Staatslexikon VIII. S. 734.

nicht in gehöriger Form erlassene Verfügung verbindlich ist. Im zweiten Falle kommt es auf die oben angegebenen Grundsätze an [35]), nach welchen die Gerichte über die Anwendung der Gesetze durch die Administration zu entscheiden haben. Hier wird häufig die Norm eine solche sein, bei welcher nicht die Absicht zum Grunde lag, den Berechtigten ein bestimmtes ohne ihren Willen nicht zu entziehendes Privatrecht zu verleihen, vielmehr die Norm nur eine Instruktion enthalten, deren zweckmäßige Anwendung den Verwaltungsbehörden überlassen bleiben muß, wo insbesondere technische Rücksichten über die Anwendung der Norm auf einzelne Fälle entscheiden, z. B. in Forstverhältnissen, vorzüglich aber bei reglemens über die Wasserbenutzung [36]). Hier kann das Gericht nicht befugt sein, zu entscheiden, ob die Norm richtig angewendet sei. Dagegen darf nicht unbemerkt bleiben, daß eben bei den Streitigkeiten über Anwendung von Normen, die auf nutzbare Regalien sich beziehen, oft rein privatrechtlich zu entscheidende Fragen vorkommen, z. B. wenn die Administration eine Norm, die sich nur auf die von dem Staate bewilligten Forstrechte bezieht, auf alle Waldungen anwenden will, und der Privatmann, gegen den die Norm angewendet werden soll, behauptet, daß sein Wald ihm eigenthümlich zugehöre oder daß er wenigstens ein Miteigenthum daran habe. Unbezweifelt muß über solche privatrechtliche Fragen das Gericht zu entscheiden befugt sein. Im oben aufgestellten dritten Falle entscheiden die Grundsätze, nach welchen die vom Staate in Nothfällen erlassenen Verfügungen zu beurtheilen sind [37]). Oft wird ohnehin die Verfügung den Character eines provisorischen Gesetzes haben, dessen Rechtmäßigkeit nicht von dem Gerichte geprüft werden kann.

---

35) s. in diesem Archiv XXII. S. 62.

36) Daviel traité II. p. 53.

37) s. die Schrift: über Trennung der Justiz S. 211.

K) Kommt es in Streitigkeiten zwiſchen der Verwaltung und einer Privatperſon auf die Auslegung von Akten der Adminiſtration an, die in Bezug auf das Recht der Privatperſon erlaſſen worden ſind, ſo entſcheiden die Gerichte. Dies iſt unbezweifelt da der Fall, wo ein Vertrag der Verwaltung mit der Privatperſon über das verliehene Recht vorliegt, z. B. Pachtvertrag über die Fiſcherei oder über die Fährgerechtigkeit. Hier iſt das Geſchäft des Gerichts nur, den Vertrag nach den allgemeinen Auslegungsregeln auszulegen [38]), allein auch da muß dies angenommen werden, wenn eine Verfügung der Verwaltung über das einzelne in Frage ſtehende Recht vorliegt, z. B. wenn über die Canalanlage, über die Wäſſerungsrechte reglemens der Verwaltung ergingen [39]).

L) Hat die Staasregierung vermöge ihres Hoheitsrechts gewiſſe Anordnungen getroffen, z. B. über die Wäſſerungsrechte einer Gegend, oder über die Jagd-Polizei oder in Forſtverhältniſſen gewiſſe feuerpolizeiliche Verfügungen, z. B. wegen Kohlenbrennerei, wegen Feuermachens im Walde, und ändert ſie dieſe Verfügungen wieder ab, ſo begründet eine Beſchwerde darüber keine Civiljuſtizſache, weil die Behörde vermöge des Rechts, nach welchem ſie die frühere Verfügung erließ, dieſelbe auch abändern kann, und aus dem bisherigen Zuſtande Niemand ein Privatrecht dem Staate gegenüber erwarb.

M) Wenn eine Privatperſon durch die Regierung gewiſſe Rechte an Gegenſtänden von Regalien erwarb, und nun an dem nämlichen Gegenſtande die Regierung einer andern Privatperſon Rechte verleiht, ſo begründet die Klage des zuerſt Berechtigten darüber, daß durch die neue Verleihung ſein Recht verletzt werde, nicht unbedingt eine Juſtiz-

38) In Frankreich iſt durch das Geſetz über die Fiſcherei Art. 4. jede Streitigkeit der Adminiſtration und der Fiſchereiberechtigten über den Vertrag den Gerichten überwieſen.

39) Daviel traité I. p. 438.

sache. Bei der Zergliederung der einzelnen hieher gehörigen Fälle bemerkt man leicht eine Lücke in unserer Literatur in Bezug auf die rechtliche Natur der Befugnisse, welche Privatpersonen an Gegenständen der Regalität zustehen. Zwei widersprechende Meinungen machen sich geltend, von welchen die Eine allen diesen Befugnissen eine rein privatrechtliche Natur, ähnlich wie bei erworbenen Dienstbarkeiten zuschreibt, die Andere dagegen in diesen Rechten nur prekäre vom Staate verliehene, jeder beliebigen Aufhebung oder Umwandlung oder Beschränkung durch den Staat unterworfene Concessionen erkennt. Vorzüglich zeigt sich, wie sich unten ergeben wird, bei den Wasserrechten eine nachtheilige Ueberstimmtheit der Ansichten. Die geschichtliche Entwickelung der Ausbildung der Regalität wird in dieser Lehre höchst wichtig.

1) Ueberall wo Jemand vermöge seines Privateigenthums Rechte an Gegenständen ausübt, die sonst im Lande zu den Regalien gerechnet werden, kann der Regierung kein Recht zustehen, ein die Befugniß des Privatberechtigten beschränkendes Recht einem Dritten zu verleihen, und ein Streit darüber würde eine Justizsache sein. Dies ist der Fall z. B. wenn Jemand in einem ihm gehörigen Walde Jagdrechte ausübt, in deren Besitz er sich selbst, nachdem in dem Lande die Regalität sich ausgebildet hatte, erhielt, oder wo, wie z. B. bei dem Adel in Bezug auf die Jagd, auf den Rittergütern die Landesregierung ihr Jagdregal selbst nur vorbehaltlich des bezeichneten Rechts des Ades erwarb.

2) Bei dem Bergwerksrechte ist dies von demjenigen, welcher die Lagerstätte regaler Fossilien aufgefunden hat und sie baut, von der Bergwerksbehörde nach gehöriger Muthung durch Belehnung erlangte Recht auf das innerhalb des verliehenen Grubenfelds befindliche regale Fossil ein wahres Eigenthum [40]) (Zecheneigenthum), dessen privatrechtlicher

40) s. darüber Freiesleben Darstellung der sächs. Bergwerksverfassung §. 14. 19. Weiske im Staatslexikon I. S. 942. 949. Wolowski

Character dadurch nicht leidet, daß die Ausübung an gewisse Vorschriften gebunden ist, unter strenger Aufsicht steht, und bei dem Eintreten gewisser gesetzlich als Verlustarten erklärter Gründe dem Verlust unterworfen ist. Hier ist es anerkannt, daß der Beliehene seines Rechts in dem verliehenen Felde auf andere Art als das Berggesetz vorschreibt, nicht beraubt, und daß einem Dritten auf dem nämlichen Felde, in welchem Jemand sein Bergrecht erlangt hat, kein Recht verliehen werden kann. Würde dies dennoch geschehen, so würde unfehlbar eine Justizsache vorliegen, wenn der Berechtigte wegen der Rechtsverletzung Klage stellt.

3) Hat Jemand von dem Staate an einem Gegenstande, an welchem diesem das Regal zusteht, ein Recht in einem bestimmten Umfange erworben (durch Verleihung des Staats oder durch Verjährung), z. B. das Jagdrecht in einem gewissen Bezirke, so ist dies Recht als ein Privatrecht zu betrachten, das von dem Staate nicht einseitig entzogen oder durch eine Verleihung des nämlichen Bezirks, auf welchem der Erste ein Recht erwarb, beschränkt werden kann. Eine Klage über diese Beschränkung gehört vor die Gerichte.

4) Stehen Concessionen in Frage, welche Jemand in Bezug auf die Gewässer erworben hat, so bedarf es vorerst einer genauen Unterscheidung, ob A) von dem Rechte an einem öffentlichen Flusse oder B) von Befugnissen die Rede ist, welche sich auf andere (nicht öffentliche) Gewässer beziehen. In dem ersten Falle stößt man bald auf einen Mangel an sichern schützenden Normen in unserem Rechtszustande. Schon die Frage: welcher Fluß ein öffentlicher sey, ist hier bestritten [41]), da die Ansicht des römischen Rechts von dem flumen publicum, wobei es auf Schiff- oder Floßbarkeit [42])

revue de legislation 1836. Vol. IV. p. 130. Meine Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 246.

41) s. darüber Literatur in meinen Grundsätzen des deutschen Privatrechts. §. 222 a. Not. 2.

42) l. 1 §. 3. D. de fluviis.

nicht als entscheidendes Merkmal ankommt, im Widerstreite mit der Ansicht der neueren Gesetze steht, welche nur schiff- oder floßbare Flüsse als öffentliche erklären [43]). Nimmt man aber auch auf das letzte Merkmal Rücksicht, so entsteht ein neuer Streit über den Sinn des Ausdrucks öffentlich, da man darunter entweder einen Theil des Staatseigenthums in dem Sinne, daß der Fluß eine Quelle von Einkünften der Regierung sey, oder die Oeffentlichkeit so verstehen kann, daß an dem öffentlichen Flusse kein Privateigenthum stattfinden kann und der Staat nur als Bewahrer der öffentlichen Interessen, als Verwalter der Sachen, deren Gebrauch Allen zusteht, jenem Interesse gemäß die Gebrauchsrechte ausschließend regulirt. Für die erste Ansicht spricht die Feudalität [44]), unter deren Herrschaft im Mittelalter die Meinung entstand, daß das Eigenthum der schiff- und floßbaren Flüsse dem Seigneur gehörte; für die zweite Ansicht scheint das römische Recht und die würdige Ansicht von dem Staatsrechte zu sprechen [45]). Die Bewahrung des öffentlichen Interesses in Bezug auf die Rechte an dem flumen publicum findet sich schon im römischen Rechte gesichert. Der Privatmann, welcher Gebrauchsrechte hatte, konnte nur nicht diese so weit ausdehnen, daß dadurch die Schifffahrt oder Anlandeplätze der Schiffer [46]) oder der Wasserlauf auf eine nachtheilige Weise geändert wurde [47]). Auch stand die Ansicht im röm. Rechte

43) Meine Grundsätze über deutsches Privatrecht §. 222 u. 222 a. s. noch über den Sinn, in welchem der Ausdruck: „öffentlicher Fluß" zu nehmen ist Scholz das Baurecht. Braunschweig 1839 S. 206.

44) Meine Grundsätze §. 222 und Daviel traité I p. 13.

45) In dem österreich. Civilgesetzbuche §. 287 heißt es: Sachen, die allen Mitgliedern des Staats nur zum Gebrauche verstattet werden, heißen ein allgemeines oder öffentliches Gut, dahin rechnet das Gesetz auch Ströme, Flüsse.

46) l. 1. D. de flumin ne quid in flumine publ. fiat.

47) l. 1. D. ne quid in flumine publ fiat.

feſt [48]), daß da wo vermöge der Waſſerpolizei oder wegen des öffentlichen Wohls der Staat ein Werk anlegt, kein Ufereigenthümer Klage erheben könne, daher auch in Deutſchland anerkannt war [49]), daß zur Entſcheidung von Beſchwerden, die in dieſer Beziehung von Privatperſonen erhoben werden, die Civilgerichte nicht competent ſind. Wenn nun Privatperſonen Rechte in Bezug auf öffentliche Flüſſe in Anſpruch nehmen, ſo muß man die Anſicht des gemeinen deutſchen Rechts und die des franzöſiſchen unterſcheiden. Nach dem Erſten kann der Privatmann von dem Staate auch an öffentlichen Flüſſen Rechte erwerben, welche als Privatrechte geſchützt werden, und er kann ebenſo durch Verjährung ſolche erlangen [50]). Dies iſt ebenſo dem römiſchen Rechte, als den Anſichten des deutſchen Rechts gemäß, nach welchem alle Rechte gegen den Staat (man denke nur an die Gerichtsbarkeit) durch alle möglichen Privatrechtstitel erworben werden konnten. Alles kommt nur darauf an, wie dies Recht verliehen oder erworben iſt. 1) Iſt das Recht auf die Benutzung des Waſſers in einem beſtimmten Bezirke mit dem Character der Ausſchließung aller anderen erworben, z. B. Fiſchereirecht in einem beſtimmten Bezirke, ſo kann z. B. der Fiſchereipächter ſein Recht auch bei den Gerichten geltend machen, wenn in dem nämlichen Bezirke die Regierung Fiſchereirechte einem Anderen bewilligen wollte. 2) Hat die Verleihung nur den Character einer Regulirung der Gebrauchsrechte des öffentlichen Fluſſes z. B. wegen Wieſenwäſſerung [51]), ſo kann der Berechtigte, d. h. der, welcher durch die bisherigen Reglemens oder durch den von der Regierung geduldeten Zuſtand Rechte ausübte, die Regierung nicht hindern, andere Conceſſionen in Bezug auf die Benutzung des Waſſers zu geben, z. B. Mühlen oder ähn-

48) l. 2. §. 3. l. 23. D. de aqua et aq. pluv.

49) Hagemann praktiſche Erörterungen VII. S. 276.

50) Scholz Baurecht S. 207.

51) Stürmer de litibus circa quantit. aq. p. 7. 10.

liche Anlagen zu machen, und die Beschwerde über die neue Anlage begründet dem Staate gegenüber keinen Civilprozeß, der von den Gerichten zu verfolgen ist, theils weil die verliehenen Rechte nur wie ein Precarium erscheinen, theils weil die Verwaltung, deren Gestattung der früher Berechtigte seine Befugniß verdankt, nie gehindert sein kann, die Interessen der Verwaltung auf andere Weise zu besorgen. Wichtig wird dies z. B. wenn das Interesse der Industrie die Anlage einer großen Unternehmung am Flusse fordert, durch welche freilich die bisherigen Wässerungsrechte beschränkt werden [52]). 3) Hat der Staat an einem öffentlichen Flusse eine Mühle, Fabrik oder ähnliche Unternehmung gestattet, und zwar vermöge einer Convention (gewöhnlich unter belastenden Titel) oder hat (was nach gemeinem deutschen Rechte zulässig ist) Jemand durch Verjährung ein solches Recht erworben, so ist sein Recht, wenn es nicht ausdrücklich als widerruflich verliehen ist, oder nur als prekär erworben erscheint, ein Privatrecht, dessen Verfolgung vor die Gerichte gehört [53]), wobei jedoch bemerkt werden muß, daß wegen der abschlägigen Verfügung der Concession an einem öffentlichen Flusse eine Mühle zu bauen die Gerichte nicht competent sind [54]), weil der Nachsuchende dem Staate nicht mit einem Rechte gegenüber steht, die Verleihung nur von der freien Bewilligung der Regierung abhängt, und diese den Gerichten nicht dafür verantwortlich sein kann, wie sie im öffentlichen Interesse die Verleihungen der Wassergerechtigkeiten regulirt. Wenn nun ein Privatmann das Recht der Anlegung einer Mühle an einem öffentlichen Flusse erworben hat, und die Regierung an dem nämlichen Flusse einem Dritten eine Concession gibt, welche dem zuerst Beliehenen nachtheilig wird, so kommt es bei der Frage: ob der Beliehene wegen der Verletzung seiner Rechte dem

52) Die Schrift: über Trennung der Justiz S. 256.
53) Scholz Baurecht S. 185.
54) Hagemann prakt. Erörterungen IV. Nr. 46. IV. Nr. 1.

Staate gegenüber Klage bei den Gerichten ſtellen kann, auf eine Unterſcheidung an: a) gründet ſich die Beſchwerde wegen Verletzung nur darauf, daß durch die Concurrenz der neuen am nämlichen Fluſſe erbauten Mühle das Gewerbe des zuerſt Beliehenen leide, ſo kann kein Rechtsſtreit zugelaſſen werden, weil der Regierung es immer zuſteht, in Erwägung des Intereſſes des Publicums die Gewerbsrechte zu reguliren und durch die Erweiterung der Concurrenz den Vortheil des Publicums zu befördern, und weil der zuerſt Beliehene kein Recht auf ausſchließende Betreibung des Gewerbes hat [55]). b) Wenn dagegen die Regierung am öffentlichen Fluſſe, an welchem ſie eine Mühle oder ähnliche Concenſſion einer Perſon ertheilt, ein Werk anlegen will, oder einem Dritten die Anlegung eines Werkes geſtattet, welches dem bisher beſtehenden Werke einen ſolchen Nachtheil bringt, daß dadurch die Ausübung der bisherigen Conceſſion unmöglich gemacht oder wenigſtens ſehr verletzt würde, ſo iſt ein Rechtsſtreit begründet, weil dadurch daß die Regierung dem Erſten ein Recht verlieh, ſie auch die Möglichkeit der Ausübung dieſes Rechts garantirte, und nicht durch ihre eigene Handlung dieſe Ausübung vernichten kann, indem ſonſt der zuerſt Beliehene getäuſcht und der Vortheile beraubt wäre, deren Gewinn er durch koſtſpielige Anlagen ſich erkaufte, ſo daß wenigſtens eine Klage auf Entſchädigung gegen die Regierung vor den Gerichten zuläſſig ſein würde, z. B. wenn die oben an dem Fluſſe neu angelegte Fabrik einen ſolchen Einfluß auf den Waſſerlauf ausübte, daß der bisherige Müller gar nicht mehr mahlen könnte. Hieher gehört folgender Fall: An einem öffentlichen Fluſſe hatte ein Bürger das Recht von der Regierung erworben, eine Papiermühle anzulegen. Nach einem Jahre ſuchte ein Färber über der Mühle an dem nämlichen Fluſſe die Anlegung einer Kunſtfärberei nach, wozu er Waſſerkraft brauchte. Die Regierung

55) Dies erkannten ſchon ältere Schriftſteller an, ſ. in Daviel traité I. p. 351.

ertheilte die Bewilligung. Der Papiermüller wies nun in einer Klageschrift nach, daß durch die Verunreinigung des Wassers wegen der verschiedenen Farbstoffe das Wasser so verdorben würde, daß für seine Papierfabrikation der größte Nachtheil entstünde. Es entstand ein Rechtsstreit, welchen die Gerichte des Landes annahmen. Zweifelhafter erscheint die Sache nach den Ansichten des französischen Rechts, obwohl freilich der Code Civil nicht hinreichend Aufschlüsse gewährt. Während einige Schriftsteller[56]) auch hier bei den an öffentlichen Flüssen von dem Staate verliehenen Concessionen ein Privatrecht und zwar ein Recht der Servitut annehmen, scheint die größte Zahl der Schriftsteller nach der durch die franzöſ. Verwaltungsnormen ausgebildeten Ansicht davon auszugehen[57]), daß die an öffentlichen Flüssen verliehenen Concessionen nur prekär und dem öffentlichen Interesse untergeordnet seien, daher auch die Regierung nicht gehindert sein könne, alle im öffentlichen Interesse nothwendigen die bisherigen Concessionen beschränkenden Verfügungen zu treffen, so daß auch der Verletzte keine Entschädigung in Anspruch nehmen kann[58]), und die Jurisprudenz dem Concessionär wegen Besitzstörungen kein Recht einräumt, gegen die Staatsregierung wegen der neuen Verfügung vor den Gerichten eine Besitzklage anzustellen. Dagegen erkennt auch das französische Recht[59]), daß da wo es auf die Auslegung der Verleihungsurkunden von Anlagen an öffentlichen Flüssen ankommt, die Gerichte zur Entscheidung des Rechtsstreits competent sind.

B) Noch viel schwieriger werden häufig die Verhältnisse, wenn von Rechten an nicht öffentlichen Gewässern die Rede ist. Schon darüber, ob ein Privatrecht den Bürgern an solchen Gewässern zusteht, ist Streit; und man bemerkt leicht

56) Toullier droit civil titre des servitudes Nr. 473.
57) Daviel traité I. p. 297.
58) Daviel I. p. 303.
59) Daviel traité I. p. 132.

drei verſchiedene Syſteme: 1) dasjenige, welches an dieſen Gewäſſern ebenſo wie an andern Gegenſtänden des Eigenthums ein Privatrecht annimmt, das nur von der Bewilligung der einzelnen Berechtigten abhängt [60]; 2) dasjenige, welches die Benutzung der Gewäſſer (ohne Rückſicht ob ſie ſchiffbar ſind oder nicht) zur Betreibung von Waſſerwerken als ein Regale des Staats anſieht, ſo daß nur vom Staate Jemand ein Waſſerrecht erhalten kann. Dies findet ſich z. B. in einem neuen Zürcher-Geſetze [61]) und vermöge Herkommens in manchen deutſchen Gebieten [62]); 3) das Syſtem, welches die Rechte der Adjacenten an nicht ſchiff- oder floßbaren Gewäſſern als Privatrechte erkennt, ſie aber mit den vermöge des Waſſerpolizeirechts des Staats in Bezug auf Waſſerbenutzung erlaſſenen Verordnungen des Staats in Einklang bringt. Dies iſt das Syſtem des franzöſiſchen Rechts [63]), und muß auch im gemeinen deutſchen Rechte um ſo mehr zum Grunde gelegt werden [64]), als von jeher auch über Bäche beſondere Bachordnungen in vielen Ländern erlaſſen waren [65]).

---

60) Dies iſt die Anſicht der ältern deutſchen Schriftſteller. Ein umſtändliches Geſetz über Benutzung der Waſſerkräfte u. Anlegung von Waſſerwerken und Behandlung der Streitigkeiten iſt das Thurgauiſche v. 2. Oct. 1832. §. 17 – 24 (in der Thurgauiſchen Geſetzſammlung I. Thl. S. 357.

61) Geſetz v. 21. März 1836 in der Zürcher Geſetzſammlung IV. S. 211. Das Geſetz ſchreibt vor, wie die jedem zuzutheilende Waſſerkraft berechnet werden ſoll und für die Verleihung muß ein Waſſerrechtszins bezahlt werden.

62) z. B. im Trieriſchen in Bendorf, Atzbach. ſ. Zuſammenſtellung der in den oſtrhein. Theilen des Regierungsbezirks Coblenz geltenden Provinzialrechts. Berlin 1837. S. 383.

63) Der Code Civil Art. 645 weist die Streitigkeiten darüber an die Gerichte, jedoch ſo daß dieſe ſchuldig ſind, die beſonderen und Lokalen réglemens über die Benutzung des Waſſers zu beobachten. ſ. Rauter in der Zeitſchr. für ausländiſche Geſetzgebung XI. S. 39.

64) Die Schrift: über die Trennung der Juſtiz S. 256. vgl. mit Funke über die Verwaltung S. 95.

65) Meine Grundſ. des deutſchen Privatr. §. 222, insbeſ. Not. 16.

Auch in Bezug auf die Natur des Rechts, welches den Adjacenten an dem Bache zusteht, bemerkt man große Verschiedenheit der Ansichten [66]), jenachdem Einige [67]) den Ufereigenthümern ein wahres Eigenthum an dem Bache, Andere [68]) nur gemeinschaftliche Benutzungsrechte zugestehen. Die Annahme der ersten Ansicht, die nur durch irriges Hereinziehen römischer Stellen entstanden ist, führt zu einer Masse störender Entscheidungen und Unsere Gesetzbücher enthalten darüber nur lückenhafte Bestimmungen, und eben bei der näheren Betrachtung des französ. Gesetzbuchs [69]), das noch am Meisten darüber enthält, zeigt sich die Mangelhaftigkeit der Vorschriften. Der Code Civil giebt Denjenigen, deren Eigenthum längst dem fließenden Wasser hinzieht, in so fern nicht von schiff- oder floßbaren Gewässern die Rede ist, das Recht jeden Orts, wo es vorbeifließt, sich des Wassers zur Bewässerung seines Eigenthums zu bedienen. Man weiß, wie in Frankreich diese Bestimmung verschieden ausgelegt ist und wie nach einer Ansicht [70]) das Gefälle des Wassers in die Klasse der im Code Civil Art. 714 genannten Sachen gereiht wird, die für Niemand Eigenthum, aber für Jedermann in Gebrauch sind, während die am meisten verbreitete Ansicht die Wasserkraft als Accessorium des Ufereigenthums dem Eigenthümer des Ufers so weit das Wasser sein Eigenthum bespült, zuschreibt und daher anerkennt, daß unter den Privatpersonen durch Conventionen der Wassergebrauch regulirt werden kann und Rechte durch Verjährung entstehen können [71]). Man weiß, daß bei der Abfassung des Code Civil die Ansicht

---

66) Meine Grundsätze S. 222 b Not. 4.

67) Günther de jure aquarum Apr. 1827—8 und zum Theil Scholz das Baurecht S. 211.

68) Archiv für Civilpraxis XVIII. Nr. 2. Funke über Verwaltung S. 95.

69) Code Civil Art. 644.

70) Arrêt des Cassationshofs v. 14. fevrier 1833.

71) Daviel traité II. p. 27—37.

zum Grunde lag, die Verhältniſſe des Gebrauchs der Gewäſſer durch den Code rural reguliren zu laſſen, deſſen Projekt vorliegt [72]) und mit den häufig trefflichen Bemerkungen der Gerichtshöfe einen koſtbaren Schatz von Materialien enthält, die jeder Geſetzgeber bei Beſtimmung des Waſſerrechts vorzüglich benutzen muß. Es muß aber noch auf einen Umſtand aufmerkſam gemacht werden. Zur Zeit der Abfaſſung des Code Civil dachte man bei dem Waſſergebrauch nur an die Schifffahrt und an die Bewäſſerung der Wieſen und Felder. Nach den damaligen Verhältniſſen Frankreichs wurde auf die Benutzung der Waſſerkräfte für Fabriken wenig Rückſicht genommen, und ſo erklärt es ſich, daß im Artikel 645 die Gerichte nur angewieſen werden, bei Streitigkeiten unter den Eigenthümern über die Benutzung des Waſſers den Vortheil der Landwirthſchaft (alſo Rückſicht auf Wieſenbewäſſerung), mit der Achtung die dem Eigenthum gebührt (alſo den Rechten der Adjacenten) zu vereinigen. Erſt ſpäter als die Induſtrie in Frankreich ſtieg, als die Bedeutung der Triebkraft des Waſſers immer mehr erkannt wurde, bemerkte man [74]) die Lücke im Geſetze [75]). Man fühlte immer mehr die Nothwendigkeit eines Geſetzes über cours d'eau non navigables; Aroux machte 1834 in der Deputirtenkammer eine Motion, und die von ihm gelieferte Begründung mit einem Geſetzesvorſchlag [76]), vorzüglich aber der gründliche und geiſtreiche Bericht Rauters über dieſe Motion mit einem umſtänd-

---

72) Gegen das Eigenthumsrecht der Adjacenten am geiſtreichſten Foucart in der Revue de legislation par Wolowski 1836 p. 194.

73) Projet de Code rural avec les observations des commissions consult. pour le projet. Paris 1830. II—III. vol. in 4to und vol. III. p. 639—73 findet ſich eine gute Abhandl. über Waſſerrecht.

74) Rauter in der Zeitſchrift für ausländ. Geſetzgebung XI S. 47. 8.

75) Boileux in ſeinem Comment. sur le Code Civil vol. I p. 455.

76) in den Procès verbaux de la Chambre v. 1834. Nr. 23. v. 20. Dec. 1834. Das Projekt enthält 90 §§.

lichen Gesetzesvorschlag [77]) verdienen allgemeine Beachtung. Es dürfte die Zeit nahe sein, wo unsere Gesetzgebung, erkennend, daß hier das römische Recht nie genügen kann, benutzend die kostbaren Materialien des franzöſ. Projekts des Code rural und vorzüglich die legislativen Arbeiten Italiens über Wasserrecht, im Gesetze die Rechte [78]) der Bürger auf Wasserbenutzung genau bestimmt, den Kampf der Industrie mit der Landwirthschaft entscheidet und die hohe Wichtigkeit der Wasserkraft für Landwirthschaft und Fabriken erwägend die möglichste Gemeinnützigkeit zu befördern sucht mit Beachtung der Rechte der Ufereigenthümer und jener Anlagen, die im Vertrauen auf das Bestehende mit großem Aufwand gemacht worden sind, so daß ihre plötzliche Aenderung den Wohlstand von Familien und oft ganzer Gemeinden zerstören würde. Nicht genug kann man in dieser Beziehung jedem Juristen und Staatswirthe das Studium der Gesetzgebung Italiens empfehlen. Der blühende Zustand der Wiesenkultur ist dadurch bedingt. Das Wasser ist schon seit Jahrhunderten in der Lombardei ein Gegenstand des Kaufs und Verkaufs [79]). Die Grundeigenthümer kaufen von der Regierung eine gewisse Quantität Wassers, d. h. das Recht soviel Wasser, dessen Quantität auf eine sehr sinnreiche Weise gemessen wird [80]), in einer bestimmten Menge aus dem Canale abzuleiten. Es giebt aber auch Personen, die von der Regierung Wasser in bestimmten (aber sehr großen) Quantitäten, das sie aus

77) Erstattet am 22. Mai 1835. Der Gesetzesentwurf (aus §§. 60) ist wesentlich geändert. s. Rauters Aufsatz über das franzöſ. Wasserrecht in der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung XI. S. 36.

78) Eine würdige Bezeichnung der Aufgaben einer solchen Gesetzgebung enthält die Rede des Ministers v. Lindenau in Dresden (Mittheilungen über die Verhandlungen des Landtags 1839 Nr. 1. S. 8.

79) Gute Darstellung in Burger Reise durch Oberitalien. Wien 1832. 2 Thl. S. 70 – 85.

80) Man nennt dies bocca d'aqua s. Ferrari Descrizione del modo con cui sono formate le boche, che estragono l'aqua. Milano 1830. u. daraus Tafeln in Burger S. 85—90.

den großen Waſſerleitungen beziehen, kaufen und wieder an Andere verkaufen. Durch genaue Anordnungen iſt beſtimmt, in welchen Tagen und Stunden die Grundeigenthümer wäſſern dürfen, und um auch den vom Fluſſe oder der Waſſerleitung entfernten Grundeigenthümern die Wohlthat der Bewäſſerung zu verſchaffen, beſteht ſeit alter Zeit eine von der öſterreichiſchen Regierung weiſe wiederſanktionirte Einrichtung [81]), nach welcher jeder Ufereigenthümer vermöge einer geſetzlichen Servitut ſchuldig iſt, einem Andern, der über ſein Grundſtück eine Waſſerleitung führen will, gegen Vergütung des Werths das dazu nöthige Land zu geben [82]). Noch mehr iſt in Sardinien das Waſſerrecht Gegenſtand umſichtiger legislativer Vorſchriften geworden [83]). Nachdem das Civilgeſetzbuch [84]) über die Waſſerbenutzung durch die Ufereigenthümer genauere Beſtimmungen als im Code Civil gegeben hat, wird die geſetzliche Servitut genau regulirt [85]), nach welcher Jeder ſchuldig iſt, dem der aus einem Fluſſe Waſſer zur Bewäſſerung ſeiner Felder leiten will, hiezu das nöthige Terrain zu bewilligen. Das Verfahren iſt als eine Art der Expropriation à cause d'utilité publique regulirt. In Bezug auf die Conceſſionen von Waſſerrechten von Seiten des königl. Domänen (alſo auch aus öffentlichen Flüſſen) iſt vorgeſchrieben [86]), daß ſie immer ohne Beeinträchtigung früher geſetzlich erworbener (alſo durch Verjährung oder ſonſtigen Rechtstitel [87]) Berechtigungen zu verſtehen ſeyen. Die

81) Geſetz v. 20. April 1804.

82) ſ. überhaupt Manuale ferr. p at uso delle aeque. Milano 1836.

83) Meine Auszüge in der Zeitſchrift für ausländ. Geſetzgebung X. S. 335.

84) Codice Civile di Sardegna Art. 560. und dazu Pastore Comenti del Codice Civile Torino 1839. Vol. III. p. 53.

85) Codice Civile Art. 622. und hierzu Pastore Comenti vol. III. p. 233. Dieſe Verfügungen ſtammen in Piemont ſchon aus dem XVI. Jahrhundert.

86) Codice Art. 631.

87) Codice Art. 641 und dazu Pastore III. p. 285.

Dienstbarkeit des Wassergebrauchs (presa d'aequa) ist, um jeden Streit abzuschneiden, auf ein bestimmtes Maaß des Wassers, das der Berechtigte in Anspruch nehmen kann, reducirt [88]) und für die Messung dieser Quantität sind genaue Vorschriften gegeben [89]). Ihre Befolgung sichert die Vereinbarung aller Interessen, die bei der Wasserbenutzung zu beachten sind [90]). Vergleicht man nun nach der bisherigen Erörterung die Rechte der Ufereigenthümer an nicht öffentlichen Gewässern, so kommt es im Falle von Streitigkeiten zunächst darauf an, welche Ansicht in dem Lande, in welchem der Streit vorkommt, durch die Gesetzgebung sanktionirt ist. Da wo alle Gewässer nur als Gemeingut angesehen werden, und die Benutzungsrechte der Bürger nur als prekäre Concessionen des Staats erklärt sind, kann freilich der Regierung gegenüber, welche diese Concessionen modificirt, nicht von einem Privatrechte die Rede sein, welches der Verletzte vor den Gerichten verfolgen kann; allein diese Ansicht ist weder in dem gemeinen deutschen noch in dem französischen Rechte anerkannt. Mögen auch über die Natur der Rechte, welche den Ufereigenthümern an nicht öffentlichen Gewässern zustehen, Streitigkeiten obwalten, so steht doch so viel fest, daß die Ufereigenthümer ein Privatrecht (nenne man dies Eigenthum oder Benutzungsrecht) in Bezug auf die Benutzung des Wassers haben, daß aber dies Recht dem Wasserpolizeirechte des Staats subordinirt und darnach in seiner Ausübung, soweit das öffentliche Interesse eine Beschränkung fordert, beschränkt ist. Darnach entstehen folgende Verhältnisse: 1) Wo der Ufereigenthümer sich auf sein nach den Gesetzen ihm zustehendes Benutzungsrecht des Wassers beruft, soweit es an seinem Grundeigenthum vorbeifließt, und die Ausübung die-

88) Codice 640 und dazu Comentas in der Zeitschrift: annali di Giurisprudenza Torino 1838 fasuolo I p. 80—105.

89) s. meine Uebersetzung der einschlägigen Artikel des Codice in der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung X S. 338.

ſes Rechts ihm durch eine adminiſtrative Behörde aus dem Grunde, daß ihm das in Frage ſtehende Recht nach den Geſetzen nicht zuſtehe, gewehrt werden ſoll, z. B. wenn von Waſſerleitungen, von Anlagen am Waſſer die Rede iſt, kann der Privatmann ſein Recht vor den Gerichten verfolgen, weil dieſe hier nur die beſtehenden Geſetze auszulegen haben: er bedarf hier auch keines beſonderen Titels, da das Geſetz ſchon ſein Rechtstitel iſt [90]).

2) Wenn die Regierung zum Nachtheile von Ufereigenthümern ſelbſt eine Berechtigung zu ihrem Vortheile an dem Waſſer in Anſpruch nimmt, z. B. wenn ſie eine Mühle oder eine Fabrik anlegen will, wo es nicht auf die Ausübung des Waſſerpolizeirechts ankommt, und wenn die Ufereigenthümer das Recht der Regierung beſtreiten, kann der Rechtsſtreit den Gerichten nicht entzogen werden, weil hier die Regierung nicht als ſolche und als die Bewahrerin öffentlicher Intereſſen handelt, ſondern nutzbare Rechte geltend machen will. Will ſie als Ufereigenthümerin, z. B. weil ein Domanialgrundſtück am Bache liegt, handeln, ſo iſt ihr Recht wie das eines anderen Ufereigenthümers anzuſehen, und der Streit zwiſchen mehreren Ufereigenthümern über Waſſerbenutzung gehört vor die Gerichte.

3) Sobald dagegen die Regierung vermöge ihres Waſſerpolizeirechts oder ihrer Oberaufſicht im allgemeinen Intereſſe, z. B. um Ueberſchwemmungen zu verhindern, einen Bau macht, oder eine Verfügung erläßt, welche die bisherigen Befugniſſe der Ufereigenthümer beſchränkt, ſo kann darüber kein Rechtsſtreit zugelaſſen werden, da der Regierung die Befugniß zuſteht, die Rechte der Waſſerbenutzung zu reguliren und ſie über die Zweckmäßigkeit einer ſolchen Verfügung keine Rechenſchaft den Gerichten zu geben nöthig hat [91]).

---

90) Dies iſt auch anerkannt in Frankreich. Daviel traité II. p. 72.

91) Daviel traité II. p. 66.

4) Wenn durch eine neue im öffentlichen Interesse von der Regierung verfügte Anlage das Recht einzelner Ufereigenthümer oder auch solcher Personen, welche Rechte auf Benutzung der Wasserkraft erworben haben, beschränkt wird, so kann keine Entschädigung von ihnen gefordert und gegen die Regierung kein Prozeß vor den Gerichten zugelassen werden, weil alle solche Wasserrechte nur eine rechtliche Existenz unter der wesentlichen Bedingung erhalten haben, daß sie den öffentlichen Interessen nicht schaden [92]) und in Bezug auf den Wassergebrauch immer der Vorbehalt zum Grunde lag, daß eine durch dies Interesse, welches die Regierung vertritt und bewahrt, gebotene Veränderung zu jeder Zeit zulässig ist.

5) Wenn von der Staatsregierung neue Reglements gemacht werden, welche die Wasserbenutzung betreffen, z. B. wegen des Rechts der Gutsbesitzer ihre Grundstücke zu bewässern, so kann auch darüber kein Rechtsstreit vor den Gerichten erhoben werden, weil die Erlassung solcher allgemeinen Verfügungen ein Ausfluß des Wasserpolizei- oder Aufsichtsrechts des Staats ist [93]).

6) Dieser Grundsatz muß auch da entscheiden, wo die Staatsregierung alte Reglements modificirt oder die Verwaltung eine bisher über die Wasserbenutzung erlassene Verfügung aufhebt.

7) Oft kann die Vorfrage: ob ein älteres Reglement von der Regierung noch als verbindlich angesehen wird, bewirken [94]), daß ein bei Gericht anhängiger Rechtsstreit so lange suspendirt wird, bis die Administration über jene Vorfrage entschieden hat, weil es dabei zugleich auf die nur der Administration zustehende Prüfung der Zweckmäßigkeit der alten Reglements ankommt.

8) Eine merkwürdige Frage entstand noch in neuester Zeit, ob auch da, wo der Fiskus selbst in Streitigkeiten we-

92) Daviel II. p. 72.

93) Gut über diese Reglementargewalt des Staats Daviel traité II. p. 54. Cormenin questions administratives p. 114.

94) darüber Daviel traité II. p. 82 sqq.

gen Waſſerrechte ſich an die Gerichte wendete und Klage ſtellte, in der Folge noch ein Competenzconflikt erhoben und die Entſcheidung den Gerichten entzogen werden kann. Man behauptete dies [95]), indem durch Mißverſtändniß eines Fiskalbeamten dem Intereſſe des Staats nicht geſchadet und eine gerichtliche Cognition da wo ſie nicht geſetzlich ſtattfinden darf, nicht begründet werden kann. Die Sache beweist, wie nothwendig das Verfahren über Erhebung von Competenzconflikten durch Geſetze genau regulirt werden ſollte.

III.

Prüft man näher die Natur der Verhältniſſe, welche zwiſchen mehreren Privatperſonen in Bezug auf Rechte an Regalitätsgegenſtänden beſtehen, ſo entſcheiden nachſtehende Grundſätze: A) Alle an ſolchen Gegenſtänden erworbenen Rechte der Privatperſonen ſind nur mit Vorbehalt des dem Staate zuſtehenden Rechts, welches entweder aus ſeinem Hoheitsrechte oder aus dem im Lande anerkannten Regalitätsrechte fließt, verliehen, ſo daß bei jeder vom Staate ertheilten Verleihung Grund und Subſtanz des Regalitätsrechts dem Staate bleibt, dieſer die nach der Natur des Gegenſtandes nothwendige Oberaufſicht über die Ausübung handhaben und als Ausfluß davon durch polizeiliche Verfügungen die Benutzung zu reguliren berechtigt iſt. B) Nach dem Grundſatze, daß das öffentliche Recht nicht durch Privatconventionen geändert werden darf [96]), können auch Privatperſonen, welche an ſolchen Regalitätsgegenſtänden Rechte haben, durch Verabredungen keine Verfügungen treffen, durch welche das öffentliche Intereſſe geſtört und die Verwaltung in der Ausübung ihrer in dieſem Intereſſe zu erlaſſenden Anordnungen gehindert würde. C) Die Ausſprüche der Gerichte in Streitigkeiten über ſolche Rechte können nie die

95) ſ. den Fall in dem neuen Archiv für Preußiſches Recht von Ulrich VI. Jahrg. S. 524.

96) l. 38 D. de pactis.

öffentlichen Interessen des Staats stören, und daher die Staatsregierung nicht hindern, alle in diesem Interesse nothwendigen Verfügungen zu treffen, die sie sonst unabhängig von dem gerichtlichen Urtheile hätte anordnen können. D) Soweit die bisher aufgestellten Rücksichten nicht verletzt werden, erscheint das an Gegenständen der Regalität erworbene Recht des Privatmanns, so lange der Staat es anerkennt, jedem andern Privatmann gegenüber wie ein anderes Privatrecht, das den Schutz der Gesetze genießt, daher auch vor den Gerichten klagbar und ein Gegenstand der Verfügung der Privatpersonen ist. Nicht genug kann man hier das Verhältniß des Berechtigten zum Staate von dem Verhältnisse zu anderen Personen trennen. Mag auch die Regierung ihre Verleihungen an den Regalitätsgegenständen nur mit dem sub A bezeichneten Vorbehalt und unterworfen den sub B angedeuteten Beschränkungen ertheilen, so wirkt doch diese Rücksicht nur, in so fern das Verhältniß des Berechtigten der Regierung gegenüber in Frage steht. Soweit aber die freie im öffentlichen Interesse nothwendige Thätigkeit der Regierung nicht gehindert ist, muß das Recht des Privatmanns z. B. sein Jagdrecht, das Bergwerkseigenthum oder das Wasserbenutzungsrecht gegen Störungen Anderer geschützt sein, und zu diesem Schutze müssen Klagen gegeben sein. Schon die alten Juristen [97]) erkannten mit Beziehung auf das Precarium, daß der, welcher vom Staate Befugnisse der Wasserbenutzung erhalte, gegen Beschränkungen von Seite des Staats gegen den Staat keine Besitzklage anstellen könne, dagegen Störungen dritter Personen durch solche Klagen abtreiben dürfe; und die neueren französ. Juristen [98]) erkennen diese Ansicht an, welche alle Interessen vereinigt. Der Umstand, daß der Staat das Recht des Privatmanns an Ge-

97) Grand Coutumier livre 2 chap. 21. mit Berufung auf l. 1. §. 2. 5. D. uti possid. l. 15. 17. D. de praecario.

98) Daviel traité I. p. 416.

genſtänden der Regalität vielfachen Beſchränkungen unterwerfen kann, wirkt nur im Verhältniſſe zum Staate, ändert aber die Natur des Verhältniſſes des Berechtigten zu anderen Privatperſonen nicht. Darnach muß auch der Berechtigte über ſein Recht mit anderen Perſonen Verabredungen zu ſchließen befugt ſein, immer mit Vorbehalt, daß dadurch die Intereſſen des Staats nicht verletzt und die Beſchränkungen, welche der Staat für nothwendig findet, nicht gehindert werden. Darnach können mehrere Jagdberechtigte einen Vertrag über Jagdfolge oder eine ſonſtige wechſelſeitige Dienſtbarkeit eingehen; es kann der Jagdberechtigte mit dem Forſtberechtigten über die Anlegung von Zäunen einen Vergleich ſchließen, die Mühlenbeſitzer an einem Fluſſe können unter ſich über die Waſſerhöhe, über die Zeit des Mahlens, oder mit den benachbarten Grundeigenthümern über die Wäſſerung, über die Reinigung des Mühlgrabens Verträge ſchließen, die unter ihnen verbindlich ſind [99]); allein nie kann dieſe Convention die Rechte des Staats beeinträchtigen; daher nicht den von der Verwaltung getroffenen Reglements derogiren [100]), während die Verabredung, ſoweit das Reglement eine Einſchränkung nicht enthält, verbindlich iſt; ebenſo wenig kann die Verabredung neue Anordnungen hindern, welche im öffentlichen Intereſſe des Staats die Verwaltung treffen will, z. B. wenn an einem öffentlichen Fluſſe die Schifffahrt andere Einrichtungen fordert; oder wenn die Regierung eine Convention für nachtheilig, z. B. wegen der Gefahr der Ueberſchwemmungen, erklärt. So iſt es anerkannt, daß die Eigenthümer der auf beiden Seiten eines nicht öffentlichen Fluſſes vermöge einer Gemeinſchaftlichkeit des Rechts Verträge ſchließen können, und daß ein Eigenthümer, dem die beiderſeitigen Ufer gehörten, wenn er das

99) Henrion de Pansey de la competence des juges de paix chap. 27. Daviel traité I. p. 440.

100) Daviel II. p. 76.

Grundstück auf einer Seite veräußert, sich das Wasserrecht, wie es ihm zuvor zustand, vorbehalten kann [101]). Auf ähnliche Weise ist auch die Verjährung unter den Privatpersonen eine Begründungsart von Rechten. Selbst in Bezug auf Rechte an öffentlichen Flüssen erkennt das französ. Recht [102]), daß die Verjährung unter den Privatpersonen Rechte begründen kann, so daß z. B. ein Mühlenbesitzer, welcher 30 Jahre den Bau seines Nachbars duldete, sich denselben gefallen lassen muß; während keine Verjährung angerufen werden kann, um Einrichtungen zu rechtfertigen, welche den im öffentlichen Interesse getroffenen Anordnungen widersprechen [103]), z. B. wenn auf dem Leinpfade Bäume gegen das bestehende Verbot gepflanzt werden sollen. Noch mehr begründet an nicht öffentlichen Gewässern die Verjährung Rechte unter den Privatpersonen, z. B. mehreren Ufereigenthümern [104]), allein nie kann sie so weit gehen, daß sie gegen eine polizeiliche Anordnung oder eine im öffentlichen Interesse zu erlassende Verfügung angerufen werden kann [105]).

E) Die an Gegenständen der Regalität von dem Gesetze oder durch specielle Regierungsconcessionen eingeräumten Rechte der Privatpersonen, so wie Conventionen und Verjährung, so weit sie nach den bisherigen Bemerkungen gültig bestehen können, erscheinen für die Gerichte wie andere Normen, nach welchen Privatrechte beurtheilt werden, und nichts hindert daher, daß Rechtsstreitigkeiten, die auf solchen Normen gebaut werden, von den Gerichten entschieden, und die darauf bezüglichen Normen ausgelegt und, soweit das öffentliche Interesse nicht in Collision kommt, auf die vorliegenden Fälle angewendet werden.

---

101) Daviel II. p. 32.

102) Daviel I. p. 327. Troplong de la prescription no. 137.

103) Daviel I. p. 105.

104) Daviel II. p. 32. u. 37.

105) Daviel II. p. 70. 76. 591.

F) Auch in den Fällen, in welchen ein Privatmann Concessionen in Bezug auf Gegenstände der Regalität durch die Verwaltungsbehörden des Staats erhalten hat, können demjenigen, welcher durch diese Concession verletzt ist, Rechtsmittel, die er bei den Gerichten geltend machen kann, nicht versagt werden. Das römische Recht [106]) giebt in diesen Fällen Interdikte, und die Befugniß zur Einsprache, in so fern immer angenommen werden muß, daß die Concession nur so ertheilt wird, wie sie am wenigsten demjenigen, der bereits früher Rechte erworben hat, Nachtheile verursacht [107]). Franke [108]) giebt eine Ausnahme in dem Falle zu, wenn wissentlich die Concession so ertheilt worden ist, daß dadurch die bisherigen Vortheile der Nachbarn aufhören sollten [109]), und meint, daß das Urtheil darüber keine Justizsache sei. Es scheint aber, daß man dabei eine Unterscheidung machen muß, ob nämlich die bisherigen Befugnisse nur prekäre Concessionen waren, z. B. des Wassergebrauchs in Bezug auf das Wässerungsrecht, oder ob die Beschwerde desjenigen, dem durch die neue Concession geschadet wird, auf die Verletzung eines erworbenen Rechts in der Art sich gründet, daß seinem Privatrechte z. B. an dem Ufer dadurch Lasten aufgelegt würden oder er das Recht von der Regierung selbst als ein einseitig nicht mehr zu entziehendes, nicht auf Widerruf verliehenes erwarb, z. B. wenn er das Recht von der Regierung kaufte. In dem ersten Falle ist es richtig, daß die Regierung nie gehindert sein kann, den bisherigen Zustand zu ändern; im zweiten Falle aber muß der Verletzte Schutz bei den Gerichten erhalten, und die bloße Erklärung, daß die Regierung die Verletzung wissentlich verübt habe, kann ihm seine Befugnisse nicht rauben.

106) l. 2. §. 6. 12. 14. D. ne quid in loco publico.
107) l. 2. §. 10. D. ne quid in loco publico.
108) Franke im Archiv für Civil Praxis XXII. S. 392.
109) Er beruft sich auf die Worte der l. 2. nisi forte quis hoc impetraverit.